

CAPÍTULO CUARTO
LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS (APP)
EN COLOMBIA Y EN EL DERECHO
ADMINISTRATIVO INTERNACIONAL

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO¹

MÓNICA LILIANA IBAGÓN²

Resumen: el derecho de las APP se edifica, en el modelo de derecho continental europeo de tradición francesa, sobre el pilar del derecho nacional; sin embargo, su comprensión no se restringe a los fundamentos y límites del derecho interno ni al influjo del derecho francés. La regulación de las APP en Colombia también está influida por el modelo anglosajón de vinculación de capital privado a la gestión y actividad públicas y determinada por el derecho administrativo internacional.

Palabras clave: asociaciones público-privadas, derecho administrativo internacional, equilibrio económico del contrato, contratos estatales, riesgos contractuales.

-
- 1 Profesor del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Magistrado del Consejo de Estado. Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid (España). Posdoctorado en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid (España) y de la Universidad Externado de Colombia.
 - 2 Profesora del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Doctora en Derecho de la Freie Universitaet Berlin (Alemania).

INTRODUCCIÓN

La Ley 1508 de 2012 (art. 1.º) define las asociaciones público-privadas (en adelante, APP) como “[...] un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializa en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio”. Esta disposición parece consagrar una definición amplia de las APP. Esa conclusión, que a primera vista surge de la lectura del artículo 1.º de la Ley 1508 de 2012, se confirmaría con la lectura de los artículos 2.º y 3.º de la misma ley. El artículo 2.º establece: “Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de asociación público-privadas [...]”. Esta definición incluiría cualquier modalidad de contrato³ (no solo la concesión) en la cual “las entidades estatales encarguen a un inversionista privado *el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura*” (art. 3.º).

De la interpretación de estas disposiciones normativas surgen, en especial, las siguientes preguntas: cuando el artículo 2.º establece que las concesiones están comprendidas en las APP, ¿quiere decir que son lo mismo? ¿Las APP

3 Sobre algunos ejemplos de contratos relativos a provisión de infraestructura comprendidos en el concepto de APP, *cfr.* JUAN CARLOS COVILLA MARTÍNEZ, “Ley de Asociaciones Público Privadas (APP): ¿única forma de vinculación de capital privado?”, en *Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas* (José Luis Benavides, comp.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 86 s.

incluyen, efectivamente, cualquier modalidad de contrato? Dicho en otras palabras: de acuerdo con su regulación jurídica, ¿las APP se aplican a contratos distintos de la concesión? Los especialistas de la banca mundial tienen la tendencia a considerar que los contratos de APP son variantes de la concesión, mientras que los especialistas del Fondo Monetario Internacional (FMI) ven más la concesión como una forma de APP⁴.

Estas preguntas ponen de presente el problema que se evidencia también al aplicar la teoría de los riesgos contractuales en el sistema de contratación pública, de lograr armonizar instituciones jurídicas provenientes de sistemas jurídicos diversos. Para resolver esta problemática se analizará la influencia del modelo continental europeo y del modelo de derecho anglosajón en la estructuración de la normatividad nacional sobre APP y su relación con el contrato de concesión. Este estudio tiene en cuenta que la Ley 1508 de 2012 tiene su origen en el proceso de adopción de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que integra elementos de derecho continental europeo y del *common law*. Estos sistemas jurídicos están en una relación de mutua influencia. A partir de este examen se demostrará que si bien es cierto que la configuración jurídica de las APP en Colombia se estructura a partir de la construcción del tradicional contrato estatal de concesión de influencia francesa (i), su comprensión no se restringe a los pilares y límites del derecho interno ni al influjo de derecho francés. La regulación de las APP es fruto de la “interacción” de los sistemas y, a su vez, una manifestación de derecho administrativo internacional⁵ (ii).

4 LAURENT RICHERT, *Droit des Contrats administratifs*, 9.^a ed., Issy-les-Moulineaux Cedex, LGDJ, 2014, p. 574.

5 Derecho administrativo internacional, en los términos de Schmidt-Assmann. Cfr. EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Internationales Verwaltungsrecht: Begriffsbildung im Spiegel veränderter Staatlichkeit”, en *Der Staat*, 2013, p. 277 y ss.

I. INFLUENCIA DE LOS MODELOS CONCESIONALES CONTINENTAL-EUROPEOS EN LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LAS APP

El primer pilar sobre el que se construye el régimen jurídico de las APP en Colombia es el derecho nacional, influido por el derecho continental europeo de tradición francesa. En este capítulo se sostiene la tesis de que esta influencia se denota en la tendencia a la contractualización (A) y a la concesionalización (B) de las APP en Colombia.

A. La contractualización de las APP

De una lectura *prima facie* del artículo 1.º de la Ley 1508 de 2012, según el cual “las asociaciones público-privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato”, se podría inferir que su naturaleza no es contractual. Las APP se materializarían en un contrato, pero no se asimilaría a él. De un análisis más detallado, fundamentado en una interpretación histórica y sistemática, surge, sin embargo, una conclusión distinta.

De acuerdo con la exposición de motivos, el proyecto de ley define las APP como “todos aquellos *contratos* en los cuales las entidades estatales decidan hacer uso de los instrumentos establecidos en la presente ley, mediante los cuales encargan a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura”⁶ (bastardilla fuera de texto). Este texto se mantuvo en el artículo 3.º de la Ley 1508 de 2012 sobre el ámbito de aplicación de la ley. En el informe de ponencia para primer debate al proyecto de Ley 160 de 2011 Senado,

6 Exposición de motivos al Proyecto de Ley 160 de 2011 Senado, en Congreso de la República, *Gaceta del Congreso*, n.º 823, 3 de noviembre de 2011, apartado VII.

144 de 2011 Cámara, se incluyó el actual artículo 1.º de la Ley 1508 de 2012. El legislador consideró “conveniente contar con un artículo que defina el concepto de asociaciones público privadas con el propósito de precisar el alcance de este tipo de instrumentos. Como consecuencia de lo anterior, los contratos de concesión previstos en la Ley 80 de 1993 constituyen una modalidad de asociación público privada. [...]”⁷. Se infiere de lo anterior que el legislador no pretendió negar la naturaleza contractual de las APP, afirmada en el proyecto de ley presentada por el Gobierno, sino más bien dejar claridad sobre la relación entre las APP y el contrato de concesión, de tal manera que se entendiera que las APP son todos aquellos contratos configurados para el desarrollo de infraestructura pública con el fin de proveer servicios públicos a largo plazo, en los cuales confluyen el sector público y el privado con múltiples beneficios y en los que el de concesión sería una especie.

A favor de la naturaleza contractual de las APP habla también la interpretación sistemática del artículo 1.º de la Ley 1508 de 2012 con el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018. El párrafo 1.º del mencionado artículo 20 establece la obligación de reconocer el valor actualizado de los costos, inversiones y gastos ejecutados por el contratista en los casos en los que el juez declare la nulidad absoluta del contrato con fundamento en las causales de nulidad absoluta establecidas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 y en los que el representante legal de la entidad ordene su terminación anticipada, en virtud de la facultad otorgada en el artículo 45, inciso 2.º, de esta ley, en casos de nulidad absoluta del contrato estatal. El párrafo 1.º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 determina que los “*contratos de asociación*

7 Informe de Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 160 de 2011 Senado, 144 de 2011 Cámara, en Congreso de la República, *Gaceta del Congreso*, n.º 931, 5 de diciembre de 2011.

público-privada” pueden ser declarados nulos y establece los efectos de la declaración de nulidad y de terminación unilateral por causales de nulidad. Prueba de que las APP son un contrato estatal es que el párrafo 1.º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 se refiere expresamente, en su tenor literal, a los “*contratos de asociación público-privada*” y a la consecuencia jurídica de que sean declarados nulos por decisión judicial. Si las APP son una mera operación económica, ¿cómo declarar su nulidad? ¿De toda la operación económica? Aquí es necesario hacer una distinción, sobre la cual volveremos más adelante: la estructura sistemática autopoiética⁸ no es el contrato APP en sí misma, sino la estructura proyecto APP, uno cuyo de sus elementos es el contrato de APP celebrado entre la entidad estatal y el particular. Sobre este contrato y no sobre toda la estructura económica recae la sanción de nulidad.

Así las cosas, preferimos la definición de APP (y es la que se adopta en este artículo) elaborada por el Banco Mundial, que la concibe como “un *contrato* de largo plazo entre una parte pública y una parte privada para la gestión de un activo público o servicio, en el que la parte privada asume riesgo significativo y responsabilidad significativa de gestión, y la remuneración está vinculada significativamente con el desempeño y / o la demanda o uso del activo o servicio con el fin de alinear los intereses de ambas partes”⁹ (bastardilla fuera de texto). Esta definición se apoya en aquella más amplia de la *Public-Private Partnerships: Reference Guide*^[10]

8 Sobre este término, *cfr.* NIKLAS LUHMANN, “Die Wirtschaft der Gesellschaft als autopoietisches System”, en *Zeitschrift fuer Soziologie*, vol. 13, n.º 4, octubre, 1984, p. 311.

9 Banco Mundial, *La guía de la certificación en asociaciones publico-privadas de APMG*, p. 14. Disponible en <<https://ppp-certification.com/sites/default/files/documents/guia-certificacion-asociaciones-publico-privadas-APMG-chapter-1.pdf>> (consultada el 25 de mayo de 2018).

10 Banco Mundial, *Public-Private Partnerships: Reference Guide*, versión 2.0, 2012, p. 14. Disponible en <<http://api.ning.com/files/Iumatxx-0jz3owS->

2.0 del Banco Mundial, pero incluye una presunción de existencia de financiamiento privado.

En esta línea de pensamiento se inscribe también, en derecho francés, el artículo 1.º del Decreto Ley 9 de 17 de junio de 2004 (que debió ser conocido por el legislador colombiano al momento de expedir la Ley 1508 de 2012) sobre los “contrats de partenariat” (contratos de asociación), que los define como

*contratos administrativos por los cuales el Estado o un establecimiento público del Estado confía a un tercero, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de la inversión o de las modalidades de financiamiento retenidas, una misión global relativa al financiamiento de inversiones inmateriales, de obra o equipos necesarios para el servicio público, para la construcción o la transformación de obras o equipos, así como para su mantenimiento, explotación o su gestión y en caso necesario, para otras prestaciones de servicios relativos al ejercicio de la misión de servicio público que tiene a su cargo la persona pública*¹¹. [Bastardilla fuera de texto].

Las APP son, entonces, verdaderos contratos estatales. Como lo firma la *Guía* del Banco Mundial, las APP como contrato público están gobernadas por las reglas y principios que se aplican a aquellos¹². Es así que en la Ley 1508 se ordena que “los contratos para el desarrollo de proyectos de asociación público-privada incluirán las cláusulas excepcionales, propias de la contratación pública tales como la de caducidad, terminación unilateral y las demás establecidas en la ley”

B05xZDkmWIE7GTVYA3cXwt4K4s3Uy0NtPPRgPWYO1ILrWaTUqybQeTXI
euSYUxbPFWlysuyNI5rL6b2Ms/PPPReferenceGuidev02Web.pdf> (consultada el 20 de marzo de 2018).

- 11 Traducción libre de los autores. Ver texto en idioma original en <[https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000438720&cat](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000438720&categorieLien=id)
[egorieLien=id](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000438720&categorieLien=id)>.
- 12 Banco Mundial, *La guía de la certificación en asociaciones publico-privadas de APMG*, op. cit., p. 24, 145.

(art. 22). De su carácter de contrato estatal también se deriva que su configuración jurídica deba observar los principios de la función administrativa, de contratación estatal y los criterios de sostenibilidad fiscal (Ley 1508 de 2012, art. 4.º).

Estos preceptos vinculan la actividad contractual de las entidades estatales y, por consiguiente, a las APP, no solo en su dimensión subjetiva, sino también objetiva. Los principios constitucionales son determinantes de la actividad contractual. Ello fue confirmado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-595 de 2014, en la que establece que el principio de igualdad es criterio objetivo de constitucionalidad de la legislación que regula las APP. En esta sentencia determina que el artículo 20 de la Ley 1508 de 2012 no infringe el principio de igualdad, en la medida en que los grupos a los que se dispensa un trato diferenciado no son efectivamente comparables. De acuerdo con el artículo 20 de la Ley 1508 de 2012, en los casos en los cuales un tercero manifieste su interés en ejecutar un proyecto de APP de iniciativa privada y si, como resultado del proceso de selección, el proponente originador del proyecto no presenta la mejor oferta, este tiene el derecho a presentar una oferta que mejore la del proponente mejor calificado en un plazo máximo de diez días hábiles. El originador y el tercero interesado no se encuentran en la misma situación fáctica, a la luz de los esfuerzos que cada grupo ha realizado en la etapa precontractual: el originador es quien asume los costos y riesgos y realiza las labores necesarias para la estructuración del proyecto, mientras que el tercero interesado solo se limita a formular una oferta sustentándose en las condiciones resultantes del esfuerzo que llevó a cabo el originador.

La Ley 1508 de 2012 contiene normas imperativas, determinantes del proceso contractual, que establecen obligaciones a las partes en materia de planeación¹³ que forman

13 Sobre la importancia de la planeación en la actividad contractual del Estado, *cfr.* JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *El contrato de concesión de servicios públicos:*

parte de la etapa de estructuración¹⁴ del proyecto. Ejemplo de estas obligaciones precontractuales es el deber de demostrar, en la etapa de estructuración, con fundamento en los estudios económicos o de análisis de costo-beneficio o los dictámenes comparativos, que las APP son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución (Ley 1508 de 2012, art. 4.º inc. 2). Otro ejemplo es el deber de justificar la utilización del mecanismo de APP como modalidad para la ejecución del contrato que funge como un requisito para abrir procesos de selección de contratistas para la ejecución de proyectos de APP de iniciativa pública (art. 11.3, *ibid.*). Como parámetro para la evaluación de la APP como una modalidad de ejecución de proyectos, el Departamento Nacional de Planeación (DNP) ha desarrollado una metodología¹⁵ para calcular el Comparador Público Privado. Este parámetro materializa el concepto de Valor Por Dinero y compara “los costos para el sector público, ajustados por nivel de riesgos, de ejecutar un proyecto bajo la modalidad de Proyecto Público contra los costos para el sector público, ajustados por nivel de riesgos, de ejecutar este mismo pro-

coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, tesis doctoral, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2010, p. 413. Disponible en <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8339/tesis_santofimio_2010.pdf>. (consultada el 21 de marzo de 2018): “En esta perspectiva, la planeación, y en este sentido la totalidad de sus exigencias, constituyen sin lugar a dudas (*sic*) un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir, que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del Estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado”.

14 Consejo de Estado (CE), Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 8 de mayo de 2018, exp. 2382.

15 DNP, Nota Técnica 2. Disponible en <<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Nota%20T%C3%A9cnica%20202016.pdf>>.

yecto bajo la modalidad de APP” (Res. 3656 de 2012, anexo 1, 1.1. Definiciones). Independientemente de la discusión, propia de la teoría general de los contratos estatales y que por lo demás no fue zanjada por la Ley 1508, sobre si obligaciones precontractuales en materia de planeación son parte del principio¹⁶ o del deber¹⁷ de planeación, y de la cuestión sobre si su vulneración tiene como consecuencia la nulidad del contrato por objeto ilícito¹⁸, por causa ilícita¹⁹ o el restablecimiento²⁰ del equilibrio económico del contrato, lo que sí se puede comprobar es que son normas imperativas determinantes del proceso contractual y su transgresión acarrea, por ello, la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito²¹.

Como lo ha establecido el Consejo de Estado en el caso de la ejecución de proyectos de APP de iniciativa privada, el originador, persona de derecho privado, es quien debe cumplir con los deberes en materia de planeación contractual²². El ordenamiento jurídico establece tales obligaciones de manera diferenciada, según si el proyecto se encuentra en la etapa de prefactibilidad (Ley 1508, art. 14, inc. 3.º; Decr. 1082 de 2015, art. 2.2.2.1.5.2.) o de factibilidad (Ley 1508, art. 14, inc. 4.º; Decr. 1082 de 2015, art. 2.2.2.1.5.5). La respuesta de la evaluación de la etapa de prefactibilidad²³ y de la etapa de factibilidad²⁴ sobre si el proyecto resulta

16 A favor, *cfr.* por ej.: CE, S. 3, sentencia de 24 de abril de 2013, exp. 27315; sentencia de 13 de junio de 2013, exp. 26637.

17 En este sentido, *cfr.* CE, S. 4, sentencia de 21 de agosto de 2014, exp. 11001031500020130191900.

18 A favor, *cfr.* por ej.: CE, S. 3, sentencia de 24 de abril de 2013, exp. 27315; sentencia de 13 de junio de 2013, exp. 26637.

19 *Cfr.* JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, *Forma y contenido del contrato estatal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 124.

20 En este sentido, *cfr.* por ej.: CE, S. 3, sentencia de 29 de agosto de 2007, exp. 14854.

21 CE, S. 3, sentencia de 20 de octubre de 2014, exp. 24809.

22 CE, S. 3, sentencia de 21 de enero de 2018, exp. 57421.

23 Decr. 1082 de 2015, art. 2.2.2.1.5.4.

24 Art. 2.2.2.1.5.6., *ibid.*

de interés para la entidad es una decisión discrecional, determinada por parámetros normativos²⁵, que se adopta mediante acto administrativo, susceptible de ser controvertido en sede judicial con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho o de simple nulidad²⁶. Este procedimiento administrativo “[...] tiene un objeto preciso y una finalidad concreta: garantizar los contenidos sustanciales del concepto de Estado social en un ambiente democrático de participación, transparencia, debate y controversia entre quienes ejercen la función pública administrativa y cada uno de los destinatarios de sus decisiones [...]”²⁷. En este caso, la responsabilidad de la entidad se limita a los supuestos planteados por el Consejo de Estado²⁸, en los que el contrato no pueda ejecutarse dentro del plazo establecido o su ejecución esté supeditada a situaciones indefinidas o inciertas²⁹.

Se mostró que las APP son contratos estatales. En este sentido, las APP son un epíteto del cambio de paradigma en la forma de participación del Estado en la provisión de bienes y servicios públicos: de una gobernanza de tipo cooperativo tradicional, en el cual tal provisión se realiza mediante monopolios y empresas bajo control y capital públicos, a una gobernanza contractual³⁰. En esta, la interacción entre

25 Tales parámetros son, en la etapa de prefactibilidad, las políticas sectoriales, la priorización de proyectos que se van a desarrollar y la viabilidad de la propuesta (Ley 1508 de 2012, art. 15, inc. 1.º), y en la etapa de factibilidad, la viabilidad y los intereses y políticas públicas (art. 16, inc. 2.º, *ibid.*).

26 CE, S. 3, sentencia de 21 de enero de 2018, exp. 57421.

27 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *Compendio de derecho administrativo*, 1.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 348.

28 CE, S. 3, sentencia de 24 de abril de 2013, exp. 27315; sentencia de 13 de junio de 2013, exp. 26637.

29 En este mismo sentido, *cfr.* JORGE ENRIQUE SANTOS RODRÍGUEZ, “Las asociaciones público-privadas de iniciativa privada y el cambio de lógica contractual tradicional”, en *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas* (Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba, eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 701.

30 CHRISTOPHER BOVIS, *Public-Private Partnerships in the European Union*, Nueva York, Routledge, 2014, p. 65.

gobernados y gobernados, para generar la provisión de bienes y servicios, se lleva a cabo mediante contratos en los términos y condiciones determinados por el Estado³¹.

B. La concesionalización de las APP

En la configuración de la regulación de las APP persiste el recurso al contrato de concesión como técnica jurídica clásica³² de vinculación de capital privado, influido³³ por el derecho continental de tradición francesa. En este apartado se mostrará que la relación entre el contrato de concesión y las APP no solo consiste en que ambos tengan elementos esenciales comunes, como su objeto genérico y específico (1), sino que más aún, es posible afirmar que la concesión es el único contrato que reúne todos los elementos de las APP exigidos por el ordenamiento jurídico colombiano (2). A esta característica de la configuración jurídica de las APP en Colombia la denominaremos *concesionalización*³⁴ de las APP.

31 *Ibid.*, p. 68.

32 IGNACIO M. DE LA RIVA, “Nuevos modelos de financiación de infraestructuras públicas”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 17, primer semestre, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 196 y ss. Disponible en <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/4835/5698>> (consultada el 19 de febrero de 2018).

33 Prueba de que el legislador conocía el derecho francés y de que fue influido por él en el proceso de expedición de la Ley 80 de 1993, es la referencia expresa a la doctrina francesa en la exposición de motivos del proyecto de ley. Así, por ejemplo, precisamente en la parte relativa a la clasificación de los contratos estatales, se cita explícitamente la obra de Jean Rivero (*cfr. Gaceta del Congreso*, 23 de septiembre de 1992, n.º 75, p. 14). Algunos autores afirman que la definición del contrato de concesión de obra pública en el ordenamiento jurídico colombiano tiene sus orígenes en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, “[...] con motivo de la resolución de la disputa judicial planteada por la compañía de Gas de Burdeos en el año de 1916” (JUAN MANUEL URUETA ROJAS, *El contrato de concesión de obras públicas*, Bogotá, Ibáñez-Club de Abogados, 2010, p. 32).

34 Sobre este término, *cfr.* SANDRA VERANO, *La gestión jurídica del riesgo en el contrato de concesión de obra pública*, tesis doctoral, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012 (s. p.), apartado 3.2.2.1.

1. El objeto genérico y específico de las APP

El objeto *específico* de las APP es el encargo a un inversionista privado del “diseño y construcción de una *infraestructura* y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura” (Ley 1508, art. 3.º, inc. 1.º).

Nos referimos a “infraestructura” como toda construcción fija o instalación que sirve para el aprovisionamiento a la población de bienes y servicios vitales (como, p. ej., agua, energía, movilidad, comunicación, educación, servicios sociales y de salud, y también como efectivo y servicios financieros) que, en principio, son accesibles para todos y responsabilidad del sector público³⁵. Existe, pues, una relación modal entre el criterio de procura de existencia vital (*Daseinvorsorge*)³⁶, antecedente del Estado social de derecho, de la cual se deriva la tarea de proveer a la comunidad con bienes y servicios vitales, y la infraestructura, como objeto e instrumento esencial para el logro de esta tarea³⁸.

35 OLIVER DOERR, “Die Anforderungen an ein zukunftsfaehiges Instrastrukturecht”, en *Zukunftsgestaltung durch Öffentliches Recht Referate und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, t. 73, Berlín, De Gruyter, 2014, p. 330. Esa definición es perfectamente aplicable en derecho colombiano y compatible con la noción de infraestructura de transporte prescrita en el art. 2.º de la Ley 1682 de 2013.

36 ERNST FORTSHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart, Kohlhammer, 1938. Sobre la teoría de la procura existencial, cfr. NURIA MAGDALI, *Procura existencial, Estado de derecho y Estado social*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

37 Prueba de que este criterio de la procura de existencia vital no está superado son las formulaciones del § 11, inc. 1, Frase 3 Postgesetz (Ley de Servicios Postales) y § 78, inc. 1, Telekommunikationsgesetz (Ley de Telecomunicaciones). Sobre este tema, cfr. *Ibid.*, p. 334.

38 DOERR, “Die Anforderungen an ein zukunftsfaehiges Instrastrukturecht”, cit., p. 335.

Los principios, fundamentos y criterios inspiradores del contrato de concesión de obra pública son, en esencia, comunes a las APP: ambos tienen un carácter instrumental³⁹ referido al cumplimiento de finalidades de aprovisionamiento previstos en la Constitución y la ley; ambos procuran la satisfacción de las necesidades en interés general que espera la comunidad, desarrollo coherente y articulado de las cláusulas constitucionales del Estado social y democrático de derecho⁴⁰; y, finalmente, ambos son herramientas que permiten desplegar en su máxima expresión el mandato constitucional de la libertad de empresa y de iniciativa privada⁴¹.

La provisión de infraestructura ocurre mediante la vinculación de capital privado (Ley 1508, art. 1.º), objeto *genérico* del contrato de concesión y las APP. Esta vinculación de capital privado en la provisión de infraestructura pública es una característica del nuevo derecho administrativo que corresponde a un Estado garante⁴² en el que la responsabilidad de la realización inmediata de la tarea de provisión de bienes y servicios públicos está en manos del sector privado.

Si bien es cierto, la vinculación de capital privado, como objeto genérico de las APP, no fue incorporada en la definición de APP propuesta por el Gobierno en el proyecto de ley, en la exposición de motivos sí se lo reconoció como un elemento teleológico de las APP: “La vinculación del sector

39 De acuerdo con la doctrina clásica francesa, la concesión de servicios públicos con el objeto de explotar un servicio público se distinguiría de la concesión de obra pública en que esta tiene por objeto la construcción y mantenimiento de una obra pública (GASTON JÈZE, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics. Étude des principaux contrats administratifs*, París, Marcel Giard, 1927, p. 61).

40 CE, S. 3, sentencia de 21 de enero de 2018, exp. 57421.

41 *Ibid.*

42 JAN PHILIPP SCHAEFER, *Die Umgestaltung des Verwaltungsrecht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2016, pp. 412

privado permitirá mantener un elevado ritmo de desarrollo de infraestructura sin impactar la deuda pública”⁴³.

Esta finalidad de protección justificaría la restricción (prevista en el art. 17 de la Ley 1508 de 2012 y modificado por el art. 38 de la Ley 1753 de 2015) en el monto de los recursos públicos que pueden ser vinculados en la financiación de los proyectos. De acuerdo con esta disposición, en las APP de iniciativa privada, “los recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, no podrán ser superiores al 30 % del presupuesto estimado de inversión del proyecto. Tratándose de proyectos de infraestructura vial de carreteras, dicho porcentaje no podrá ser superior al 20 % del presupuesto estimado de inversión del proyecto”. (inc. 2.º).

Aunque esta finalidad de protección es razonable, en la práctica esta disposición normativa representa una talanquera en el desarrollo de las así denominadas APP sociales (como las estructuradas para la construcción de cárceles, hospitales y colegios)⁴⁴ y en la realización de la intención del

43 Exposición de motivos del Proyecto de Ley 160 de 2011 Senado, en Congreso de la República, *Gaceta del Congreso*, n.º 823, 3 de noviembre de 2011, apartado II).

44 El término de APP sociales se utiliza en oposición de las APP económicas (las relacionadas con transporte, energía, agua y telecomunicaciones) y las APP de alojamiento (a empleados públicos y sus familias). Sobre esta distinción, cfr. Banco Mundial, *La guía de la certificación en asociaciones público-privadas de APMG*, op. cit., p. 61 y ss.

legislador de extender el ámbito de aplicación de las APP a toda clase de infraestructura⁴⁵, salvo limitaciones legales⁴⁶.

Se plantea la siguiente cuestión: ¿el artículo 17 de la Ley 1508 determina la composición de las fuentes de la financiación del proyecto? ¿El mencionado artículo quiere decir que el 20 % y el 30 % pueden ser financiados con recursos públicos y el otro 80 % y 70 % deben tener como fuente capital privado —que va a ser vinculado—? ¿O más bien, el artículo 17 determina la fuente de la remuneración? ¿De tal suerte que solo el 20 % y el 30 % pueden ser remunerados con cargo al presupuesto público y el otro 80 % y 70 % con otras fuentes de remuneración?

Estas preguntas revelan la importancia de hacer una diferenciación entre los conceptos de fuente de financiación

45 En la exposición de motivos se indica que el uno de los objetivos de la propuesta de fortalecer los programas de participación privada es: “Promover nuevos esquemas de Participación Privada y optimizar los mecanismos existentes para la provisión de servicios de infraestructura productiva y social en diferentes sectores, tales como: (i) infraestructura, mantenimiento de equipos y desarrollo de capacidades estratégicas en sector defensa; (ii) distritos de riego y adecuación de tierras; (iii) infraestructura social en educación, salud y atención integral a la primera infancia; (iv) infraestructura física de entidades públicas; (v) rehabilitación y mantenimiento vial; y (vi) desarrollo de infraestructura logística, entre otros”. (Exposición de motivos al Proyecto de Ley 160 de 2011 Senado, en Congreso de la República, *Gaceta del Congreso*, n.º 823, 3 de noviembre de 2011, apartado II 3).

46 El ordenamiento jurídico colombiano ha limitado el campo de aplicación de las APP en algunos casos específicos. Así, por ejemplo, la Ley 1386 de 2010 prescribe: “No se podrá celebrar contrato o convenio alguno, en donde las entidades territoriales, o sus entidades descentralizadas, deleguen en terceros la administración, fiscalización, liquidación, cobro coactivo, discusión, devoluciones, e imposición de sanciones de los tributos por ellos administrados” (art. 3.º). Así mismo, la Ley 1709 de 2014 determina que aunque “la construcción, mantenimiento y conservación de los centros de reclusión y la prestación de otros servicios a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) o de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) podrá desarrollarse mediante el esquema de asociación público-privado, quedarán excluidos de la administración de este tipo de establecimientos la guardia y vigilancia que en todo caso estará a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) y aquellas actividades relacionadas con la resocialización de las personas privadas de la libertad” (art. 163).

y fuente de remuneración o pago. Las fuentes de financiación⁴⁷ de los proyectos de APP de infraestructura vial, también llamadas concesiones 4G, han sido, hasta el momento, el sistema bancario (local e internacional), el mercado de capitales mediante vehículos de emisiones de acciones o de bonos, la banca multilateral y la Financiera de Desarrollo Nacional (FDN)⁴⁸. Las fuentes de financiación son recursos líquidos requeridos en los periodos en los cuales todavía no hay flujo de caja, proveniente de las fuentes de remuneración o pago, para cubrir el Capital Expenditures (Capex) en la etapa de preconstrucción del proyecto⁴⁹. Las fuentes de remuneración son ingresos del proyecto que se perciben en la etapa de operación de la respectiva unidad funcional⁵⁰. Las fuentes de remuneración, previstas en los contratos de APP, bajo la modalidad de concesiones viales (4G), son los recaudos de peajes, los ingresos por explotación comercial, las vigencias futuras y las diferencias de recaudo⁵¹. En este sentido, los contratos de APP de infraestructura vial, cele-

47 JUAN PABLO CÓRDOBA, “Financiación de la infraestructura a través del mercado de capitales: balances y retos”, conferencia, en *XIII Congreso Nacional de la Infraestructura*, Bolsa de Valores de Colombia, Cartagena, 25 de noviembre de 2016 (s. p.).

48 MÓNICA LILIANA IBAGÓN IBAGÓN, “La financiación de contratos públicos: el modelo innovador de las asociaciones público-privadas en Colombia”, en *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas* (Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba, eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 183.

49 *Ibid.*, p. 185.

50 *Ibid.*

51 Para mantener la estabilidad del flujo de caja, los contratos APP de infraestructura vial prevén, como regla general, el deber a cargo de la ANI de realizar pagos de compensaciones económicas por diferencias de tráfico. La diferencia de recaudo es la “[...] diferencia entre el valor presente del Recaudo de Peaje acumulado hasta el año ocho (8) y el VPIP 8, hasta el año trece (13) y el VPIP (13), o hasta el año dieciocho (18) y el VPIP 18 [...]”. República de Colombia, Ministerio de Transporte, Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), *Contrato de concesión bajo el esquema de APP, Parte General*, cláusula 1.47. Disponible en <https://www.ani.gov.co/sites/default/files/u233/contrato_parte_general_4g.docx> (consultada el 27 de marzo de 2018).

brados por la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), establecen que el valor aporte ANI (vigencias futuras) debe ser consignado en la subcuenta Aportes ANI por cada unidad funcional con posterioridad a su construcción y una vez acreditada su disponibilidad.

Una interpretación sistemática del artículo 17 de la Ley 1508, que parte del término “presupuesto estimado de inversión”, con el artículo 3.º, inciso 2.º, de la misma ley, que establece que en los contratos de APP “se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera”, permite concluir que el dicho artículo determina la fuente de la remuneración; de tal suerte que solo el 20% y el 30% pueden ser remunerados con cargo al presupuesto público y el otro 80% y 70% con otras fuentes. El supuesto de hecho del cual parte el artículo 17 de la Ley 1508 es el de “presupuesto estimado de inversión”. De acuerdo con el Decreto 1082 de 2015, el presupuesto estimado de inversión corresponde al “valor de construcción, reparación, mejoramiento, equipamiento, operación y mantenimiento del proyecto según corresponda” (art. 2.2.2.1.4.3).

Así las cosas, se podría pensar que como la limitación del artículo 17 se refiere a la fuente de remuneración, no habría ninguna prohibición en que los proyectos APP tuvieran como fuente de financiación el presupuesto público y que tampoco habría ninguna limitación en el monto de los recursos públicos que pudieran servir como fuente de financiación de los proyectos APP. Tal prohibición se podría derivar de la disposición normativa que prohíbe el pago de anticipos de parte de la entidad estatal al contratista y solo permite efectuar desembolsos de recursos públicos cuando la infraestructura esté disponible (Ley 1508 de 2012, arts. 1.º y 5.º).

Se pregunta qué viabilidad jurídica tendría la estructuración de las así denominadas APP sociales (por ejemplo,

las estructuradas para la construcción de cárceles, hospitales y colegios). En primer lugar, se debe recordar que la restricción del artículo 17 de la Ley 1508 está prevista solo para APP de iniciativa privada, lo cual significa que la entidad pública puede estructurar APP sociales con un monto de recursos provenientes del presupuesto superior al 30 %. En segundo lugar, tampoco existe una limitación legal en los montos de los recursos ofrecidos por la FDN mediante sus productos financieros, que tienen como fuente, entre otros, dineros públicos. En tercer lugar, se podría pensar en la viabilidad, de acuerdo con las previsiones de la Ley 489 de 1998, de constituir una sociedad de economía mixta con aportes de particulares y estatales. En este caso, por un lado, no hay una restricción legal respecto al monto máximo de la participación del Estado. Por otro lado, la misma Ley 1882 de 2018 (art. 14, que modificó al art. 8.º de la Ley 1508 de 2012) dispone que las sociedades de economía mixta “[...] puedan presentar oferta para participar en los procesos de selección de esquemas de asociación público-privada regidos por esa ley, siempre que cumplan con los requisitos establecidos para el efecto en el respectivo proceso de selección”.

Aquí partimos del supuesto de que, aunque existen, de acuerdo con la doctrina, otras clases de contratos que pueden ser considerados APP, como por ejemplo, diseño, construcción, operación y mantenimiento (DBOM) y algunos proyectos de diseño, construcción y financiamiento (DBF)⁵², el legislador colombiano reguló las APP como APP de infraestructura de financiamiento privado. El financiamiento privado debe ser de volumen significativo a su propio riesgo, ya que ello “[...] incentiva al socio privado a ser proactivo para maximizar el objetivo de la parte pública (que es ase-

52 Banco Mundial, *La guía de la certificación en asociaciones público-privadas de APMG*, op. cit., p. 21.

gurar que la infraestructura esté disponible y operada y/o mantenida adecuadamente)”⁵³. La financiación proveniente del sector privado permite no impactar en la deuda pública⁵⁴, en la medida en que las vigencias futuras se deben presupuestar, no como deuda pública o déficit, sino como inversión (Ley 1508 de 2012, art. 26, inc. 5.º). Dentro de las APP de financiamiento privado existe una amplitud de términos para referirse a una APP, siendo, de acuerdo con la *Guía del Banco Mundial*, “[...] la nomenclatura más común las concesionales (para APP de pago usuario) y PFI (para APP de pagos por gobierno o presupuestarios)”⁵⁵. En el caso de las APP de iniciativa privada, el artículo 17 de la Ley 1508 demuestra que el legislador se centró en las APP concesionales.

La previsión del artículo 17 de la Ley 1508 de 2012, modificada por el artículo 38 de la Ley 1753 de 2015, que restringe el monto de inversión de recursos públicos en las APP, evidencia la intención del legislador de evitar que las APP se conviertan en contratos de obra disfrazados. También la Asociación Nacional de Instituciones Financieras (ANIF) ha entendido que esta es la teleología de la ley de APP. En su estudio que publicó sobre el crédito bancario y las concesiones 4G, estableció que “Aún luce temprano para entrar a evaluar si el Estado ha estructurado las 4G de tal forma que puedan resultar ‘obras públicas’ disfrazadas de concesiones, lo cual ocurriría si el cúmulo de garantías estatales desborda los planes iniciales a través del Fondo de Contingencias y/o de los desembolsos de las Vigencias (VF)”⁵⁶. Esta interpretación teleológica de la ley de APP hablaría en contra

53 *Ibid.*

54 *Ibid.*, p. 65

55 *Ibid.*, p. 22.

56 ANIF, *Crédito bancario e infraestructura vial en Colombia: exigencias de Basilea III y concesiones 4G*, p. 15. Disponible en <<http://www.anif.co/sites/default/files/investigaciones/anif-bancolombia-infra06172.pdf>> (consultada el 25 de mayo de 2018).

de una interpretación, fundamentada en el tenor literal del artículo 1.º de la Ley 1508, de acuerdo con la cual la cooperación público-privada se materializaría en cualquier tipo de contrato estatal, incluso en el contrato de obra. Surge el interrogante: ¿esta conclusión, que es válida para las APP de iniciativa privada, también se haría extensiva a las APP de iniciativa pública? Esta problemática será tratada en el próximo apartado.

2. Remuneración o pago al asociado

Se demostró que el contrato de concesión y el de APP tienen elementos esenciales comunes. En esta sección nos preguntamos: ¿las APP incluyen cualquier modalidad de contrato? ¿El único contrato en el que se puede materializar en Colombia la asociación entre la entidad pública y el particular es el de concesión? Dicho en otras palabras: de acuerdo con su regulación jurídica, ¿las APP se aplican a contratos distintos de la concesión? Esta cuestión exige hacer algunas precisiones preliminares sobre el contrato de concesión.

La doctrina clásica francesa concibió la concesión como un contrato público de larga duración a “cuenta y riesgo del concesionario”, donde *la remuneración consiste siempre en el derecho conferido por la Administración al concesionario para que perciba, en su beneficio, de los usuarios una contribución, mientras dure la concesión*⁵⁷.

Elemento común en la remuneración o pago al asociado de las APP y el contrato de concesión es, precisamente, la explotación económica. De acuerdo con la Ley 1508 de 2012 (art. 3.º, inc. 2.º), en los contratos de APP “se retribuirá la actividad con el derecho a la *explotación económica* de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado

57 JEZE, *op. cit.*, p. 55 y ss.

cuando la naturaleza del proyecto lo requiera” (bastardilla fuera de texto).

El mismo artículo 3.º (inc. 1º) de la Ley 1508 establece que ella “es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la *operación y mantenimiento* de dicha infraestructura” (bastardilla fuera de texto). Después de la etapa de operación y mantenimiento, se revertirán al Estado los bienes muebles e inmuebles de este o de los particulares afectos a la prestación del servicio o la ejecución del proyecto (Ley 1508 de 2012, art. 31).

Este elemento esencial de las APP: *deben involucrar operación y mantenimiento* determina la interpretación del supuesto de hecho del artículo 1.º de la Ley 1508, que prescribe que las APP son “[...] un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializa en un contrato [...]”. El contrato, materialización del instrumento de vinculación privado, debe ser, por expresa disposición del artículo 3.º, inciso 1.º, de la misma ley, el que involucre operación y mantenimiento.

El elemento de la explotación económica, que involucra operación y mantenimiento, ha sido señalado como el criterio diferenciador del contrato de concesión de obra pública y de los otros tipos contractuales, como el contrato de obra⁵⁸; por eso se afirma que la asunción de “[...] los riesgos de construcción, explotación y financiación le pertenecen, de manera especial [...]”, al concesionario⁵⁹. Si se parte de esta premisa, podemos inferir que no hay contrato diferente del contrato de concesión, en el que se puede materializar

58 Laudo Arbitral, Concesión Santa Marta Paraguachón S. A. vs. Instituto Nacional de Vías (Invías), 24 de octubre de 2001, apartado 2 (“El régimen jurídico de las pretensiones de la demanda”).

59 VERANO, *La gestión jurídica del riesgo*, op. cit., p. 187.

la APP, que cumpla con el requisito previsto en el artículo 3.º de la Ley 1508. Dicho en otras palabras: dado que esta exigencia: *que deba “involucrar la operación y mantenimiento”* no está presente en la versión clásica del contrato de obra pública, nos lleva a concluir que la única forma de APP es la concesión. El resultado de esta interpretación sistemática se prueba con una teleológica. De acuerdo con la exposición de motivos, “Expresamente se excluyen de esta modalidad contractual los contratos que comprenden únicamente la construcción de infraestructura, por cuanto al solo incorporar esta actividad en la práctica son contratos de obra pública y en consecuencia deben regirse por las reglas generales del Estatuto de Contratación”⁶⁰.

El ámbito de aplicación en Colombia del contrato de concesión, previsto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, resta para aquellos contratos cuyo monto⁶¹ sea inferior a 6000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv)⁶². Para aquellos cuyo monto sea superior se aplica la Ley 1508 y sus decretos reglamentarios (Ley 1508, art. 3.º, parg. 1.º). La diferencia de régimen del contrato de concesión y de APP no es solo procedimental —en el trámite de selección del contratista—, sino también sustancial, en aspectos como los mecanismos de pago o de las otras fuentes de remuneración. Estos aspectos sustanciales fueron introducidos por la Ley 1508 de 2012 para fomentar la “bancabilidad” de los proyectos. Los criterios económicos se erigen, así, en determinantes de la actuación administrativa en general y

60 Exposición de motivos al Proyecto de Ley 160 de 2011 Senado, en Congreso de la República, *Gaceta del Congreso*, n.º 823, 3 de noviembre de 2011, apartado ii.

61 Los 6000 smlmv de que trata el art. 32 de la Ley 80 de 1993 se calculan sobre la inversión privada y no respecto del valor de la retribución (SANTOS RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 678).

62 El salario mínimo en Colombia en el 2018 equivale a \$781.242.

de la contractual del Estado, en particular. Esta es una característica del nuevo derecho administrativo⁶³.

Los mecanismos de pago referidos en la estructuración del proyecto, introducidos por la nueva regulación sobre APP, pueden, entre otros, involucrar los siguientes criterios: disponibilidad de la infraestructura, el cumplimiento de los niveles de servicio de la infraestructura o servicio y cumplimiento de los estándares de calidad en las distintas unidades funcionales⁶⁴ o etapas⁶⁵ del proyecto, la garantía de continuidad del servicio y los demás elementos que se consideren necesarios para el desarrollo de los esquemas de APP, pudiendo aplicar criterios diferenciales por sectores (Ley 1508, art. 5.º, y arts. 2.2.2.1.2.1 a 2.2.2.1.2.5).

Además del derecho a la explotación económica de la infraestructura o servicio y los aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera (Ley 1508, art. 3.º, inc. 2.º), se pueden pactar, entre otras fuentes de remuneración al asociado, el pago de aportes en especie (art. 5.º, *ibid.*). De igual manera, los gobiernos locales y regionales pueden aplicar la plusvalía por las obras que resulten de proyectos de asociación público-privada (art. 5.º, *ibid.*, mod. art. 37, parg. 1.º, de la Ley 1573 de 2015).

El artículo 37, parágrafo 4.º, de la Ley 1573 de 2015 disponía que “en proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública del orden nacional, la entidad estatal com-

63 SCHAEFER, *op. cit.*, p. 3.

64 La Unidad Funcional de Infraestructura es definida como el “Conjunto de estructuras de ingeniería e instalaciones indispensables para la prestación de servicios con independencia funcional, la cual le permitirá funcionar y operar de forma individual cumpliendo estándares de calidad y niveles de servicio para tal unidad, relacionados con la satisfacción de la necesidad que sustenta la ejecución del proyecto de asociación público-privada” (Decr. 1082 de 2015, art. 2.2.2.1.1.2.). Sobre los requisitos que se deben reunir para poder pactar el derecho a retribución por unidades funcionales, *cfr.* Ley 1573 de 2015, art. 37, parg. 2.º.

65 Sobre los requisitos que se deben reunir para poder pactar el derecho a retribución por etapas, *cfr.* art. 37, parg. 3.º, *ibid.*

petente podrá reconocer derechos reales sobre inmuebles que no se requieran para la prestación del servicio para el cual se desarrolló el proyecto, como componente de la retribución al inversionista privado". La Corte Constitucional, en Sentencia C-346 de 2017, declaró inconstitucional la expresión "del orden nacional", permitiendo el reconocimiento de derechos reales sobre inmuebles como remuneración también en las APP de iniciativa pública del orden territorial. El artículo 13 de la Ley 1882 de 2018 (inc. 1.º) extendió aún más el campo de aplicación de esta fuente de remuneración al permitir que también en proyectos de APP de iniciativa privada, y no solo en los de iniciativa pública, como lo prescribía perentoriamente el artículo 37 de la Ley 1573 de 2015, fuera posible reconocer derechos reales sobre inmuebles que no se requirieran para la prestación del servicio para el cual se desarrollaba el proyecto. El mismo artículo 13 de la Ley 1882 de 2018, que modificó al artículo 5.º de la Ley 1508 de 2012 en este punto, dispone que el valor de los predios con los que se va a remunerar al asociado no puede ser mayor que el 30 % del presupuesto estimado de inversión. Esta restricción, que no existe para el contrato de concesión cuyo monto sea inferior a 6000 smlmv, se computa para calcular el límite ya citado del 20 % y 30 %, previsto en el artículo 17, inciso 2.º, de la Ley 1508 de 2012.

En esta primera parte se demostró que se denota influencia del derecho continental europeo en la tendencia a la contractualización y a la concesionalización de las APP en Colombia. Se mostró que las APP son verdaderos contratos estatales. También se comprobó que la relación entre el contrato de concesión y el de APP no solo consiste en que ambos tienen un objeto genérico y específico común, sino que más aún, la concesión es el único contrato que reúne el elemento esencial de las APP, previsto en el artículo 3.º de la Ley 1508 de 2012, consistente en que deben "involucrar la operación y mantenimiento". A esta característica de la con-

figuración jurídica de las APP en Colombia la denominamos *concesionalización* de las APP.

II. INFLUENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO INTERNACIONAL Y DEL MODELO ANGLOSAJÓN DE VINCULACIÓN DE CAPITAL PRIVADO A LA GESTIÓN Y ACTIVIDAD PÚBLICA EN LA CONFIGURACIÓN DEL MARCO DE LAS APP

En la primera parte se concluyó que el régimen jurídico de las APP en Colombia es el derecho nacional, influido por el derecho continental europeo de tradición francesa. Se demostró que esta influencia se denota en la tendencia a la contractualización y a la concesionalización de las APP en Colombia.

Si bien el derecho de las APP se edifica, según el modelo de derecho continental europeo de tradición francesa, sobre el pilar del derecho nacional, su comprensión no se restringe a los pilares y límites del derecho interno⁶⁶ ni a la contribución del derecho francés. Las autoridades del orden nacional configuran las políticas y normas legislativas y reglamentarias en materia de APP influidas, también, por el modelo anglosajón de vinculación de capital privado a la gestión y actividad públicas y determinadas por el derecho administrativo internacional. Ello exige una precisión sobre el término “derecho administrativo internacional”.

De acuerdo con Schmidt-Assmann, el derecho administrativo internacional se entiende como un derecho de acción, de determinación y de cooperación de la Administración fundamentado en el derecho internacional⁶⁷. Un derecho de

66 JOSÉ LUIS MEILÁN GIL, *El derecho administrativo global*, p. 147. Disponible en <<http://vlex.com/vid/derecho-administrativo-global-594201562>> (consultada el 25 de mayo de 2018).

67 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Internationales Verwaltungsrecht”, cit., p. 277. Para otras acepciones sobre derecho administrativo internacional, cfr. DIRK EHLERS, “Internationales Verwaltungsrecht”, en *Allgemeines Verwaltungsrecht*

acción referido al derecho de la administración interna de las organizaciones internacionales⁶⁸. El derecho de determinación de las normas jurídicas de derecho internacional se manifiesta en que este contiene determinados mandatos para el derecho administrativo nacional⁶⁹. El derecho de cooperación es concebido como el derecho de trabajo conjunto entre organizaciones internacionales (vertical) y entre Estados o sus administraciones (horizontal)⁷⁰.

La determinación de las normas jurídicas de derecho internacional en la contratación estatal ya ha sido puesta de presente por el Consejo de Estado colombiano en varias de sus sentencias. Así, esta corporación ha entendido que “la Administración pública debe considerar de manera relevante las normas sobre la materia en derecho internacional, bien sea estas incorporadas mediante tratados o convenios internacionales, o por vía del *soft law*”⁷¹. Es fuente de derecho en los contratos estatales el derecho internacional, del cual forman parte los tratados internacionales, la costumbre internacional, los principios generales de derecho reconocidos por los Estados, la jurisprudencia, la doctrina y el derecho informal (o *soft law*)⁷². Los principios del orden público internacional son criterio de legalidad de los contratos estatales⁷³. Dentro de la convencionalidad⁷⁴ vinculante a las autoridades nacionales está también el derecho comunitario de la Comunidad Andina de Naciones⁷⁵. Así las cosas,

(Hans-Uwe Erichsen y Dirk Ehlers, eds.), 14.ª ed., Berlín, De Gruyter, 2010, p. 188.

68 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Internationales Verwaltungsrecht”, cit., p. 111.

69 *Ibid.*, p. 113.

70 *Ibid.*, p. 115.

71 CE, S. 3, sentencia de 20 de abril de 2015, exp. 50219.

72 JORGE ENRIQUE PÉREZ VERA, *El derecho internacional y sus efectos en los contratos estatales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 75 y ss.

73 CE, S. 3, sentencia de 13 de abril de 2015, exp. 52556.

74 CE, S. 3, sentencia de 5 de septiembre de 2017, exp. 38058.

75 CE, S. 3, sentencia de 13 de abril de 2015, exp. 52556.

el Consejo de Estado⁷⁶ consideró, por ejemplo, en un caso concreto, que el aparte normativo que establecía que “los términos definidos en el presente decreto y utilizados frecuentemente deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio”, contenido en el inciso 1.º del artículo 3.º del Decreto 1510 de 2013, no excluía una interpretación de las normas en materia de contratación estatal conforme a las estipulaciones contenidas en tratados internacionales o teniendo en cuenta el referente del *soft law*.

Del derecho administrativo internacional forman parte las recomendaciones de las organizaciones internacionales en materia de infraestructura, como el *Manual para la evaluación de los sistemas regulatorios sobre infraestructuras* del Banco Mundial, los documentos de la CNUDMI y los instrumentos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)⁷⁷. Aunque de acuerdo con el derecho internacional, estas recomendaciones no son vinculantes, también resulta difícil afirmar que son simple *soft law*⁷⁸. La Guía Legislativa y las disposiciones modelo de la CNUDMI son objeto de una resolución de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), pero dicha resolución se limita a recomendar que todos los Estados “consideren debidamente las Disposiciones Legales Modelo y la Guía Legislativa al revisar o promulgar legislación relativa a la participación del sector privado en el desarrollo de infraestructura pública”⁷⁹. Se podría afirmar

76 CE, S. 3, sentencia de 20 de abril de 2015, exp. 50219.

77 MEGAN DONALDSON y BENEDICT KINGSBURY, “Sucedáneos normativos o derecho público en la gobernanza global: un estudio a través de las recomendaciones o prescripciones internacionales para la regulación de infraestructuras estatales”, en *Hacia el derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Global Law Press, 2016, p. 406.

78 *Ibid.*, p. 415 y ss.

79 Asamblea General, Res n.º 58/76, Res ONU Doc A/res/58/76&Lang=S, 19/03/2015. Disponible en <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/457/50/PDF/N0345750.pdf?OpenElement>> (consultada el 25 de mayo de 2018).

que permanece el *soft law* antes de la decisión de incorporación en el ordenamiento jurídico nacional y deja de ser *soft law* a partir de dicha decisión. En tratándose de la Ley Modelo de contratación pública, ya hay un precedente del Consejo de Estado en el que este alto tribunal consideró que los trabajos de la CNUDMI son un criterio para estudiar la legalidad de normas en materia de contratos estatales⁸⁰.

La gobernanza transnacional en materia de infraestructura, contenida en tales documentos de derecho público internacional, opera de forma subsidiaria o complementaria con los sistemas nacionales. El sistema jurídico de derecho administrativo internacional y el interno se encuentran estrechamente entrelazados⁸¹. Su aplicación en el derecho nacional se realiza con su influencia mediante la persuasión⁸² o su integración en él por medio de la transposición legislativa⁸³. El proceso de cooperación entre autoridades nacionales y organismos internacionales contribuye así a la armonización de las prácticas administrativas⁸⁴. El resultado es un desplazamiento de los procesos de toma de decisión y de las decisiones mismas, desde el plano nacional hacia el global⁸⁵.

Las prescripciones internacionales dirigidas a la regulación nacional de infraestructuras integran el derecho administrativo internacional⁸⁶. La Ley 1508 de 2012 es fruto

80 CE, S. 3, sentencia de 16 de agosto de 2017, exp. 56166.

81 BENEDICT KINGSBURY, NICO KRISCH y RICHARD STEWARD, "El surgimiento del derecho administrativo global", en *Hacia el derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Global Law Press, 2016, p. 92.

82 DONALDSON y KINGSBURY, "Sucedáneos normativos o derecho público en la gobernanza global", cit., p. 416 y ss.

83 *Ibid.*, p. 418.

84 MATTHIAS HERDEGEN, *Principles of International Economic Law*, 2.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2016, parte 1, cap. 3 (6); KINGSBURY, KRISCH y STEWARD, "El surgimiento del derecho administrativo global", cit., p. 79.

85 *Ibid.*

86 Cfr. DONALDSON y KINGSBURY, "Sucedáneos normativos o derecho público en la gobernanza global", cit.; MEILÁN GIL, *op. cit.*

de la transposición en el ordenamiento jurídico nacional de la *Guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada* preparada por la CNUDMI⁸⁷ (en adelante, la *Guía*), concebida para crear el marco legal para propiciar la inversión extranjera en los Estados. En ese sentido, la *Guía* forma parte del derecho administrativo internacional de Colombia.

Prueba de que las autoridades del orden nacional están determinadas, al configurar las políticas y normas legislativas y reglamentarias en materia de APP, por el modelo anglosajón de vinculación de capital privado a la gestión y actividad públicas y por el derecho administrativo internacional, es la aplicación de los fundamentos del Project Finance en la estructuración de las APP (A) y el recurso a la teoría de los riesgos contractuales (B).

A. Project Finance y las APP en la interacción de los sistemas

La *Guía* de la CNUDMI recomienda, como primera medida, estructurar los proyectos de infraestructura con fundamento en el sistema de financiación en función del proyecto (también conocido como Project Finance). Aunque los orígenes del Project Finance son muy remotos, la modalidad de financiación de proyectos que conocemos hoy se originó en el derecho anglosajón en los años treinta para financiar los gastos derivados de la inversión en los campos de petróleo de Texas⁸⁸. El Project Finance (financiación de proyectos) es

87 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), *Anuario*, vol. xxxi A: 2000, p. 82. Disponible en <http://www.uncitral.org/uncitral/search.html?filter=0&q=text&as_sitesearch=www.uncitral.org/pdf/spanish/yearbooks&sort=date:D:S:d1&entqr=0&entqrm=0&ud=1&start=20> (consultada el 25 de mayo de 2018).

88 Trade Finance Consultants, *Project Finance: Financiación de proyectos internacionales*, Madrid, Instituto Español de Comercio Exterior, 2002, p. 15.

definido como una “estructura de financiación que depende de los futuros flujos de caja procedentes de una explotación específica como fuente principal de amortización del préstamo, y que legalmente cuenta con los activos de dicha explotación, los derechos y las participaciones accionariales en otras compañías como garantías colaterales”⁸⁹.

Una de las características principales del Project Finance es la constitución de una empresa promotora del proyecto (Special Purpose Vehicle ‘SPV’) o compañía vehículo, de la que forman parte los activos y derechos del proyecto⁹⁰. Precisamente es la compañía vehículo la que asume la celebración de todos los contratos requeridos para la ejecución del objeto del proyecto⁹¹. Otro de los elementos que integran el imbricado complejo normativo del Project Finance es la red de contratos que para la configuración de la financiación del proyecto celebra la compañía vehículo (SPV) y que regulan las relaciones jurídicas entre los participantes del proyecto⁹², como, por ejemplo, los promotores del proyecto (*sponsors*), los financiadores, los asesores financieros, los coordinadores (*arrangers*), las agencias multilaterales de crédito a la exportación (ECA, por sus siglas en inglés), las agencias multilaterales (MLA, por sus siglas en inglés), la fiduciaria, los arrendadores, expertos independientes, la entidad pública, el constructor (EPC-contratista), el intervinor, empresas de operación y mantenimiento (O & M), aseguradoras, proveedores, etc.⁹³. Uno de los contratos que forman parte de esa compleja red de contratos es el contrato APP que celebra el SPV con la entidad estatal.

89 *Ibid.*, p. 16.

90 LIGIA CATHERINE ARIAS BARRERA, “Perspectiva legal de la financiación de proyectos ‘Project Finance’ y el manejo del riesgo”, en *Revista de Derecho Privado*, n.º 23, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 206.

91 *Ibid.*, p. 211.

92 *Ibid.*

93 Trade Finance Consultants, *Project Finance*, cit., p. 21 y ss.; DE LA RIVA, “Nuevos modelos de financiación de infraestructuras públicas”, cit., p. 202.

El Project Finance es un sistema en el cual los elementos que lo integran están interconectados y son mutuamente influidos⁹⁴. Así pues, el contrato de APP, en el que se materializa la asociación público-privada, es un determinante de la estructuración de los otros contratos celebrados por el SPV (como, por ejemplo, el contrato de construcción, el contrato de fiducia —en cumplimiento del art. 24 de la Ley 1508 de 2012— y el contrato de interventoría) y de la financiación de los proyectos de infraestructura pública. Esta red contractual se encuentra en relación de coligación negocial mediante su relación horizontal concurrente y simultánea⁹⁵. A causa de la relación de mutua interdependencia entre los elementos del sistema que conforman el Project Finance, la financiación también puede tener repercusiones en la configuración del ciclo financiero y contractual de las APP⁹⁶.

En la estructuración del Project Finance es insuficiente una visión restringida exclusivamente al derecho interno. Esta debe ser complementada con su dimensión internacional. La dimensión internacional de cada transacción del Project Finance está determinada por sus leyes aplicables: a la legislación y regulación nacional propia del Project Finance se le añaden, por ejemplo, los requerimientos de financiación internacional (como los exigidos por Basilea III), los contratos modelo (como aquellos para la celebración de contratos de obra diseñados por la Federación Internacional de Ingenieros Consultores 'Fidic' o la Cámara de Comercio

94 STEFANO GATTI, *Project Finance in Theory and Practice*, Cambridge (Mass.), Academic Press, 2008, p. 267.

95 Sobre la coligación negocial *cfr.*, por ej., DAVID FABIO ESBORRAZ, "El fenómeno de la vinculación negocial en el ámbito de los contratos y su incidencia sobre la regla *res inter alios acta*", en *Revista de Derecho Privado*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 118. Disponible en <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado-ns/article/view/7250/6529>> (consultada el 28 de mayo de 2018).

96 IBAGÓN IBAGÓN, "La financiación de contratos públicos: el modelo innovador de las asociaciones público-privadas en Colombia", *cit.*, p. 176.

Internacional ‘CCI’ —instrumentos que forman parte del derecho internacional privado—) desarrollados por el sector privado, los estándares de Project Finance establecidos por instituciones multilaterales (como la ONU o la Organización Mundial del Comercio ‘OMC’) y las leyes aplicables al fondo del litigio y al procedimiento en arbitraje internacional de inversión y en arbitraje comercial internacional⁹⁷.

En suma, el derecho de las APP integra un campo de referencia del derecho administrativo determinado por la interacción de los sistemas: por un lado, es una expresión de la relación de mutua interdependencia entre los elementos de la red contractual que conforma el Project Finance. Por otro, el sistema de financiación de proyectos para la provisión de infraestructura pública no solo tiene sus cimientos en fuentes de derecho nacional, compuesto de preceptos de derecho público y de derecho privado, sino también está influido por el derecho administrativo internacional. En los documentos de derecho público global en materia de infraestructura, que opera de forma subsidiaria o complementaria con los sistemas nacionales, se integran elementos propios de derecho anglosajón, que orienta, por esta vía, el derecho continental europeo y también el derecho colombiano. Estas normas de los sistemas jurídicos en interacción forman parte de la juridicidad de las APP que concretizan el principio de Estado social de derecho.

B. Riesgos contractuales y equilibrio económico del contrato

Un elemento connatural al Project Finance es que “las partes financiadoras deben confiar principalmente, para su reembolso, en los activos y en la corriente de liquidez

97 SCOTT L. HOFFMAN, *The Law and Business of International Project Finance*, 3.^a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 20.

de la sociedad del proyecto [...]”. Para este análisis, de acuerdo con la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*^[98] (2000), “[...] es esencial la determinación y cuantificación de los riesgos. Por esta razón, la determinación, evaluación, distribución y atenuación de los riesgos es un factor crucial para este método de financiación privada del proyecto”⁹⁹.

En consonancia con los documentos internacionales, como la citada *Guía* y el *Libro verde sobre la colaboración público-privada*¹⁰⁰, la Ley 1508 de 2012 establece que uno de los elementos esenciales del contrato de APP es la retención y transferencia de riesgos entre las partes (art. 1.º). En este mismo sentido, el artículo 4.º, inciso 3.º, de la misma Ley 1508 establece que “estos instrumentos deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio”. La *Guía* establece:

Es aconsejable que los documentos de licitación contengan alguna indicación sobre cómo la autoridad contratante prevé asignar los riesgos del proyecto [...] ya que con ello se centrarían mejor los términos de la negociación de ciertos detalles del acuerdo de proyecto [...]. Si se deja totalmente abierta la

98 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), *Guía legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*, Nueva York, Naciones Unidas, 2000. Disponible en <<https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/pfip/guide/pfip-s.pdf>> (consultada el 25 de mayo de 2018).

99 *Ibid.*

100 Una de las características de las APP es el “[...] reparto de riesgos entre el socio público y el privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público”. Comisión Europea, *Libro verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*. COM (2004) 327 final, Bruselas, 2004. Disponible en <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52004DC0327>> (consultada el 10 de febrero de 2006).

asignación de riesgos, es probable que los ofertantes reaccionen tratando de minimizar los riesgos que aceptarán, lo que podría frustrar el propósito de buscar inversiones privadas para desarrollar el proyecto¹⁰¹.

En este contexto, los documentos Conpes 3760 de 2013 y 3800 de 2014 adicionan o modifican los contenidos en los Conpes 3107 y 3133 de 2011 y establecen los lineamientos de política de riesgos contractuales en los proyectos APP en materia de infraestructura de transporte. Esta tipificación y la distribución de riesgos, determinada por los documentos Conpes, tienen varias dificultades: por un lado, al establecer categorías muy genéricas presentan el inconveniente de que estas deberían ser aplicables a proyectos disímiles. Por otro lado, le resta un margen de incertidumbre y más aún si se tiene en cuenta que la gestión de los riesgos tiene como principal límite la dinámica del mercado¹⁰². Precisamente por ello la *Guía* recomienda no limitar normativamente el margen de discrecionalidad que tienen las partes para lograr de común acuerdo una distribución de los riesgos según las características específicas y necesidades particulares de cada proyecto¹⁰³.

La *Guía* se refiere a la noción de “riesgos del proyecto” como “[...] a aquellas circunstancias que, al entender de las partes, pudieran tener un efecto negativo sobre el beneficio que prevén obtener del proyecto”¹⁰⁴. El Decreto 1082 de

101 *Ibid.*, p. 87.

102 JOSÉ LUIS BENAVIDES RUSSI, “Riesgos contractuales”, en *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2007* (Jaime Orlando Santofimio y José Luis Benavides, comps.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 464 y ss.

103 Banco Mundial, *La guía de la certificación en asociaciones público-privadas de APMG*, cit., p. 47. La *Guía* también contiene una relación de los riesgos que cabe a asignar a las partes en este tipo de proyectos (capítulo “Los riesgos del proyecto y su distribución”), p. 44 ss.

104 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), *Guía legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*, cit., p. 43.

2015 (art. 2.2.1.1.1.3.1) también lo define como el “evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del proceso de contratación o en la ejecución de un contrato”. Esta definición es cercana a la propuesta por la Guía PMBOK¹⁰⁵, de acuerdo con la cual “un riesgo es evento o condición incierta que, de producirse tiene un efecto positivo o negativo en uno o más objetivos del proyecto, tales como el alcance, el cronograma, el costo o la calidad”¹⁰⁶, y a la de la Norma ISO 31000, conforme a la cual el riesgo es el “efecto de la incertidumbre sobre los objetivos”, y un efecto es “[...] una desviación de aquellos que se espera, sea positivo, negativo o ambos”¹⁰⁷.

En la identificación de los riesgos es indispensable, como lo ha manifestado el Consejo de Estado,

[...] efectuar entre otras las siguientes tareas administrativas: identificación de factores que pueden frustrar los resultados previstos de un negocio; identificación de variables que influyan de alguna manera en la afectación a los resultados esperados en todos sus aspectos; utilización de la mejor información posible, la más confiable y de mejor calidad en torno al correspondiente negocio, incluso la surgida de antecedentes históricos contractuales de la entidad; manejo y evaluación de información conocida, procesada y alta calidad; evaluación de diferentes escenarios en torno a la probabilidad de ocurrencia de contingencias; identificación de las particularidades de cada riesgo para determinar los mecanismos tendientes a mitigar su impacto¹⁰⁸.

105 *Guía de los fundamentos para la dirección de proyectos*. Contiene los lineamientos para la gestión de proyectos publicados por el Instituto Nacional Estadounidense de Estándares.

106 Project Management Institut, *Guía de los fundamentos para la dirección de proyectos* (Guía del PMBOK), 5.ª ed., Pensilvania, Project Management Institut, 2013, p. 310.

107 Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación (Incontec), Norma técnica colombiana NTC-ISO 31000. Gestión del Riesgo: Principios y Directrices, apartado 2.1.

108 CE, S. 3, sentencia de 8 de febrero de 2017, exp. 54614.

La estimación y asignación de los riesgos, que se realiza en la etapa de estructuración¹⁰⁹ (recae en el Estado, si es de iniciativa pública, o en el particular, si es de iniciativa privada), se erige así en uno de los instrumentos más importantes para concretizar y materializar, en la gestión contractual, el principio de planeación¹¹⁰. En la estructuración del contrato APP deben asignarse los riesgos, ya sea al sector público o al sector privado, de tal forma que la gestión se lleve a cabo con el menor costo posible¹¹¹. Una inadecuada transferencia de riesgos repercutirá en el precio de los servicios¹¹². La experiencia en la estructuración de los contratos de concesión de infraestructura vial denominados de primera, segunda y tercera generación precisamente demostró que un contrato con una asignación de riesgos excesivos para el contratista tiene problemas en su ejecución y que un contrato con una asignación de riesgos demasiado gravoso para el Estado genera litigios e indemnizaciones lesivas para el patrimonio público¹¹³. Si bien es cierto que la gestión de riesgos depende de aspectos económicos y por ello la determinación y asignación objetiva de los riesgos debería ser asumida en cada caso concreto por las partes¹¹⁴, también lo es que no necesariamente la mayor asignación de riesgos en el privado es más ventajosa para el Estado, de suerte que el exceso en la asignación de los riesgos en una de las partes puede afectar la relación calidad-precio de los proyectos¹¹⁵.

109 CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 8 de mayo de 2018, exp. 2382.

110 CE, S. 3, sentencia de 8 de febrero de 2017, exp. 54614.

111 MARÍA JOSÉ VAÑO VAÑO, *El contrato de "Project Finance"*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 63.

112 *Ibid.*, p. 64.

113 BENAVIDES RUSSI, "Riesgos contractuales", cit., p. 460.

114 *Ibid.*, p. 462.

115 SEBASTIÁN BARRETO, "¿Existen las asociaciones público-privadas en Colombia?", en *Introducción a las asociaciones público-privadas en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 33.

En esta gestión influyen las metodologías utilizadas por los modelistas de riesgos, que en últimas orientan el análisis de riesgos, y se convierte en regla determinante de la decisión del juzgador. En la gestión de riesgos se deben observar disposiciones internacionales. Así, por ejemplo, la Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre las obligaciones estatales en lo que concierne al medio ambiente, es un determinante en la gestión del riesgo ambiental¹¹⁶.

Es importante mencionar que la técnica de gestión de riesgos en materia de contratos estatales tiene su antecedente normativo, por un lado, en el artículo 16 del Decreto 423 de 2001, que erigió la política de riesgo contractual del Estado sobre el principio según el cual les corresponde a las entidades estatales asumir los riesgos propios de su carácter público y del objeto social para el que fueron creadas o autorizadas y a los contratistas (los determinados por el lucro que constituye el objeto principal de su actividad). Con apoyo en esa norma se profirió ese mismo año el Conpes 3107, que fijó los lineamientos de política de riesgo contractual del Estado para proyectos de participación privada en infraestructura en los sectores de transporte, energía, comunicaciones y agua potable y saneamiento básico. Por otro lado, en el artículo 4.º de la Ley 1150 de 2007 se estableció la obligación de incluir en los pliegos de condiciones o sus equivalentes la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

La técnica de gestión de riesgos, prevista en el artículo 4.º de la Ley 1150 de 2007, con objeto¹¹⁷ de reducir los litigios y las condenas al Estado por desequilibrios contractuales¹¹⁸,

116 Sobre el riesgo ambiental, *cfr.* VAÑO VAÑO, *op. cit.*, p. 83 y ss.

117 BENAVIDES RUSSI, "Riesgos contractuales", *cit.*, p. 455; Conpes 3714 de 2011, p. 8.

118 "Gorbaneff y Cabarcas analizaron la litigiosidad del sistema de compra pública para el Departamento Nacional de Planeación, las causas de las

sustituyó un modelo de responsabilidad sustentado en el principio de equilibrio económico del contrato, influido por el derecho continental de tradición francesa, por una concepción contractual fundamentada en la técnica de tipificación, estimación y asignación de riesgos, influida a su vez por el derecho anglosajón¹¹⁹.

El desarrollo de la teoría del equilibrio económico¹²⁰ del contrato estatal (con fundamento principalmente en los arts. 5.º, ord. 1.º; 4.º, ords. 8.º y 9.º; y 27 de la Ley 80 de 1993) presupone una gestión implícita del riesgo referida a los casos en los que las partes no han hecho una identificación y distribución de los riesgos¹²¹. Por el contrario, la asignación de los riesgos en el contrato es una manifestación de una gestión explícita del riesgo en el que las partes realizan una delimitación, configuración, identificación, valoración y administración precisa, expresa y concreta de este¹²².

En la medida en que los riesgos conforman las cargas obligacionales de las partes, configuran el equilibrio contractual objetivo inicial del contrato¹²³. Así estableció, por ejemplo, el Consejo de Estado en auto de 1.º de abril de 2009:

condenas en contra de las entidades estatales y la posible relación entre las características y tipologías de los negocios jurídicos con la litigiosidad. La conclusión es que el concepto de ecuación contractual y el consecuente principio del equilibrio económico incentiva el oportunismo del contratista y desincentiva su eficiencia, además de causar una distorsión en los efectos que debe producir la modalidad del pago prevista en el contrato o el tipo del contrato" (Colombia Compra Eficiente, *Motivos del Proyecto*, p. 9. Disponible en <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/20160620motivos.pdf> (consultada el 25 de mayo de 2018)).

119 JOSÉ LUIS BENAVIDES RUSSI, *op. cit.*, pp. 455, 435.

120 Sobre el principio de equilibrio económico del contrato y las causas de ruptura del equilibrio, *cfr.* sobre todo: LIBARDO RODRÍGUEZ, *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, 2.ª ed., Bogotá, Temis, 2012

121 VERANO, *La gestión jurídica del riesgo...*, *op. cit.*, p. xvii.

122 *Ibid.*, p. xviii.

123 BENAVIDES RUSSI, "Riesgos contractuales", *cit.*, p. 483. En este mismo sentido, *cfr.* CE, auto de 1.º de abril de 2009, 36476: "La nueva regulación introducida por la Ley 1150 de 2007, en relación con la necesaria distribución de los

La nueva regulación introducida por la Ley 1150 de 2007, en relación con la necesaria distribución de los riesgos contractuales en la contratación pública, obliga entonces tanto a la Administración como a los interesados en contratar con ella a surtir una labor de planeación para estudiar, identificar y cuantificar los factores o circunstancias de peligro, amenaza o contingencias previsibles, esto es, que puedan presentarse en la ejecución de la futura relación negocial, y que, por tanto, determinarán e incidirán en la conmutatividad de las prestaciones y, por ende, afectarán el equilibrio financiero del contrato. A términos de la norma legal, queda claro que es a la entidad pública a la que le corresponde determinar en los pliegos de condiciones los riesgos previsibles y distribuirlos y, posteriormente, serán revisados con los proponentes¹²⁴.

De igual manera, en el laudo de 24 de agosto de 2001, proferido por el tribunal arbitral que resolvió *Concesión Santa Marta Paraguachón vs. Invías*, se determinó: “La equivalencia prestacional que debe mantenerse en el contrato por mandato de la ley, en tanto contrato estatal, se medirá atendiendo los alcances de las obligaciones libremente asumidas por las partes y, en ellas, la asunción contractual del riesgo de ejecución y explotación económica de la obra pública objeto del contrato”. Por ello, no es acertada la redacción del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008 y del artículo 2.1.2. del Decreto 734 de 2012, de acuerdo con los cuales los ries-

riesgos contractuales en la contratación pública, obliga entonces tanto a la Administración como a los interesados en contratar con ella a surtir una labor de planeación para estudiar, identificar y cuantificar los factores o circunstancias de peligro, amenaza o contingencias previsibles, esto es, que puedan presentarse en la ejecución de la futura relación negocial, y que, por tanto, determinarán e incidirán en la conmutatividad de las prestaciones y, por ende, afectarán el equilibrio financiero del contrato. A términos de la norma legal, queda claro que es a la entidad pública a la que le corresponde determinar en los pliegos de condiciones los riesgos previsibles y distribuirlos y, posteriormente, serán revisados con los proponentes”.

124 CE, auto de 1.º de abril de 2009, 36476, cit.: la ecuación inicial incluye los riesgos.

gos son todas aquellas circunstancias que pueden alterar el equilibrio económico del contrato¹²⁵.

Se puede sostener que el concepto de riesgo contractual¹²⁶ es cercano al de imprevisión; sin embargo, la técnica de los riesgos contractuales limita el campo de aplicación de tal teoría¹²⁷. La teoría de equilibrio económico del contrato se aplicaría, entonces, solo cuando una situación no prevista por las partes se materializara al asignar los riesgos o cuando tal materialización desbordara los límites de la asignación¹²⁸ y, además, dicha situación fuera advertida y reclamada al momento de la celebración de acuerdos de modificación del contrato (principio de oportunidad¹²⁹). En otras palabras: la materialización del riesgo asumido por una de las partes excluye la aplicación del principio de equilibrio económico del contrato. Así lo afirmó el Consejo de Estado en sentencia de 23 de marzo de 2017: “[...] si el

125 En este mismo sentido, BENAVIDES RUSSI, “Riesgos contractuales”, cit., p. 484.

126 Sobre la diferencia entre el riesgo como carga contractual y la responsabilidad por incumplimiento, *cfr.* SANDRA VERANO, “La distribución de riesgos en el contrato estatal y el principio del equilibrio financiero”, en *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas* (Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba, eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 558 y ss.; MÓNICA LIZET MORALES, “Distribución del riesgo en el contrato de construcción. Perspectiva internacional”, en *Revista e-Mercatoria*, vol. 8, n.º 2, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 6 s.

127 BENAVIDES RUSSI, “Riesgos contractuales”, cit., p. 459.

128 BENAVIDES RUSSI, “Riesgos contractuales”, cit., p. 484; JOSÉ LUIS BENAVIDES RUSSI, “La noción equivoca del equilibrio económico del contrato”, en *Libro en memoria del Prof. Dr. Luis Villar Borda*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 82. En este mismo sentido, *cfr.* Laudo Concesión Santa Marta Paraguachón vs. Invias, 24 de agosto de 2001: “La equivalencia prestacional que debe mantenerse en el contrato por mandato de la ley, en tanto contrato estatal, se medirá atendiendo los alcances de las obligaciones libremente asumidas por las partes y, en ellas, la asunción contractual del riesgo de ejecución y explotación económica de la obra pública objeto del contrato”.

129 Así lo ha afirmado el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia. *Cfr.*, por ejemplo: CE, S. 28 de mayo de 2015, 30290; CE, S. 7 de septiembre de 2015, 43445, CE, 9 de abril de 2015, 32774, CE, S. 26 de noviembre de 2015, 53877, CE, S. 31 de agosto de 2011, 18080.

riesgo que acontece se enmarca dentro de los linderos de la respectiva tipificación, valoración y asignación, no habrá lugar a alegar la ruptura del equilibrio económico del contrato por cuenta de su ocurrencia, bajo la comprensión de que el mismo ya fue cubierto por la respectiva matriz y corresponderá asumirlo a quien allí se haya dispuesto en la estimación acordada”¹³⁰. En el caso concreto, el Consejo de Estado decidió: “[...] las pruebas relacionadas documentaron la presencia de lluvias en solo dos semanas del plazo contractual, periodo dentro del cual se da cuenta a su vez de que más del 95 % del tiempo fue seco, lo que fuerza colegir que las precipitaciones reportadas fueron mínimas y de manera alguna superaron el margen de riesgo que por ese concepto —problemas climatológicos— asumió el contratista en la elaboración de la respectiva matriz”¹³¹. En este sentido se ajusta a derecho la cláusula del contrato modelo¹³² 4G sobre el equilibrio económico, que establece:

[...] el Concesionario expresamente reconoce que no serán procedentes ajustes, compensaciones, indemnizaciones ni reclamos, por las causas señaladas o debidas o que tengan origen en esos factores, o a cualquier otra causa o factor que se produzca durante el desarrollo del Contrato con excepción hecha de las consecuencias que este Contrato prevé de manera expresa cuando ocurran los riesgos asignados a la ANI [...]. Lo anterior no impide que, ante la ocurrencia de riesgos que i)

130 CE, S. 3, S. 23 de marzo de 2017, 51526.

131 *Ibid.*

132 Se denota aquí una tendencia a la estandarización en materia de contratos estatales, propia de la tradición anglosajona (sobre los contratos estandarizados como una de las nociones fundamentales que caracterizan las APP en el Reino Unido, *cfr.* VERANO, *La gestión jurídica del riesgo...*, *op. cit.*, apartado 2.4.4.: “La asignación del riesgo y los contratos estandarizados”), iniciada por la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) con los contratos “APP bajo la modalidad de concesión” y que se refleja también en la disposición del art. 4.º de la Ley 1882 de 2018, por la cual se le adicionó el parágrafo 7.º al art. 2.º de la Ley 1150 de 2007, sobre documentos tipo para los pliegos de condiciones.

no hayan sido previstos en el Contrato y, ii) aunque no hayan sido expresamente previstos, no correspondan a aquellos que por la naturaleza de las obligaciones del Concesionario estén asignados a este.

Partimos aquí del supuesto de que hay ciertos riesgos que le pertenecen al contrato de concesión, como los de construcción, explotación y financiación, que lo caracterizan¹³³. En este contexto, se pregunta: “¿Puede entenderse que, por determinación de legislador, la no inclusión de un riesgo determinado supone que al mismo no se le pueda atribuir el carácter de previsible, a pesar de que tradicionalmente el riesgo en cuestión haya sido visto como tal en contratos semejantes?”¹³⁴. Puesto que la previsibilidad del riesgo no solo está dada por su inclusión en el análisis de riesgos, la respuesta es negativa. Así se confirmó en el laudo arbitral de la ANI contra la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca¹³⁵:

En principio los riesgos calculados y cuantificados que la entidad ha incluido y distribuido en el pliego de condiciones o sus equivalentes, y frente a los cuales se ha surtido audiencia de distribución de riesgos (para el caso de la licitación pública), son riesgos previsibles cuya materialización no daría origen a un desequilibrio económico del contrato estatal. No obstante, y por la dificultad que acarrea la identificación e inclusión de todo este tipo de riesgos en el pliego, estos no pueden agotarse a la enunciación y asignación que en él se haga; y en esa medida algunos *sin estar allí consignados, deban tenerse como previsibles y ser soportados por contratista por corresponder al alea*

133 VERANO, *La gestión jurídica del riesgo en el contrato de concesión de obra pública*, op. cit., p. 187.

134 FERNANDO SILVA, “Una aproximación a la visión de la corrección del desequilibrio contractual desde la perspectiva de la jurisprudencia arbitral”, en *Revista e-Mercatoria*, vol. 6, n.º 2, 2007, p. 18.

135 Laudo Arbitral de la Agencia Nacional de Infraestructura contra la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y Otros, 25 de noviembre de 2016.

normal que emana de la naturaleza del contrato. [Bastardilla fuera de texto].

Como lo afirma Hinestrosa Forero, lo fundamental para determinar si una circunstancia es previsible es si la conducta del deudor “estuvo a la altura de lo que era exigible o habría sido exigible, ora a cualquiera persona diligente y advertida, ora a una persona que profesionalmente asume los deberes correspondientes a la obligación insatisfecha, de acuerdo con la clase de contrato y las disposiciones de ley”¹³⁶. En este sentido, de acuerdo con Cabarcas, lo previsible “[...] equivale al conocimiento de la probabilidad de realización de un riesgo determinado, es decir, lo que un contratista experimentado puede razonablemente predecir o anticipar con la ayuda de medidas investigativas, tales como estudios, inspecciones e investigaciones al terreno”¹³⁷. Así, por ejemplo, en el caso de los contratos de concesión de obra pública, el carácter previsible o imprevisible del riesgo está determinado por el conocimiento que pueda tener el contratista sobre la calidad del terreno y las condiciones de ejecución de la obra. En el asunto del Consorcio Cosacol-Confurca vs. Transoriente¹³⁸, el Tribunal de Arbitramento analizó que, de acuerdo con lo previsto en los términos de referencia elaborados por Transoriente, la visita de obra tendría un tiempo estimado de *cuatro días* para su realización y cada asistente debía contar con un vehículo campero para el transporte. Dentro de esas limitaciones impuestas unilateralmente por Transoriente, a juicio el Tribunal fue claro que estas circunstancias le impedían al Consorcio tener un conocimiento preciso y detallado de las condiciones de

136 FERNANDO HINESTROSA FORERO, *Tratado de las obligaciones*, t. 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, num. 625.

137 *Ibid.*, p. 347.

138 Laudo Arbitral de 18 de junio de 2014 de Consorcio Cosacol-Confurca vs. Transoriente.

ejecución de los trabajos. El Tribunal concluyó que el Consorcio Cosacol-Confurca había cumplido con sus deberes profesionales al poner de presente que en desarrollo del contrato podía haber roca, para lo cual solicitó la inclusión de un rubro de excavación en esta. Para darle un tiempo al contratista para que realice los estudios subsuperficiales, hidrológicos y ambientales del sitio de obra y su entorno y pueda así tener conocimiento de la realización de los riesgos, la CCI recomienda, en su modelo de contrato de llave en mano, un término no inferior a 28 días.

En suma, el principio de equilibrio económico del contrato y la doctrina de los riesgos tienen una relación estrecha, ya que en los casos en los que la parte asumió el riesgo o cuando las partes acordaron repartir los riesgos anormales y ese riesgo le corresponde a la parte que alega la revisión o es propio de la naturaleza del contrato, salvo que la desproporción resulte excesiva, no hay lugar a adaptación del contrato por desequilibrio económico.

REFLEXIONES FINALES

En este capítulo se mostró que el régimen jurídico de las APP en Colombia es el derecho nacional, influido por el derecho continental europeo de tradición francesa. Se demostró que esta influencia se denota en la tendencia a la contractualización y a la concesionalización de las APP en Colombia. Dado que la exigencia prevista en el artículo 3.º de la Ley 1508, de acuerdo con la cual las APP deben “involucrar la operación y mantenimiento”, no está presente en la versión clásica del contrato de obra pública, se concluyó que la única forma de APP es la concesión. También se comprobó que su comprensión no se restringe a los fundamentos y límites del derecho interno ni al influjo del derecho francés. La regulación de las APP en Colombia también está influida por el modelo anglosajón de vinculación de capital privado a la gestión y actividad públicas y está determinado por

el derecho administrativo internacional. Prueba de ello es la aplicación de los fundamentos del Project Finance en la estructuración de las APP y el recurso a la teoría de los riesgos contractuales.

Se enunció que la regulación colombiana de las APP es fruto del proceso de adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI. Las guías legislativas, como técnica de armonización del derecho, muestran, por un lado, la tendencia de unificación de sistemas jurídicos, en general, y del derecho administrativo, en particular. Por otro, el hecho de que la *Guía legislativa* conjugue elementos de derecho continental europeo y de derecho anglosajón demuestra que estos sistemas jurídicos están en una relación de mutua influencia y que, desde este punto de vista, el derecho de las APP es el resultado de la interacción de estos sistemas jurídicos. Esto se comprueba también por el hecho de que el modelo de Private Finance Initiative (PFI) determinó la configuración jurídica del contrato de APP en el ámbito internacional. Así, por ejemplo, se reconoce que el contrato de asociación (*contrat de partenariat*) de derecho francés fue notablemente influido por el derecho inglés¹³⁹. Este nuevo tipo contractual se creó en Francia para superar ciertas limitaciones que el ordenamiento jurídico establecía para la estructuración de un contrato de concesión: la prohibición de pago diferido, la ausencia de concesiones financiadas con recursos públicos y la prohibición¹⁴⁰ de confiar a personas distintas las labores de construcción y de operación del proyecto¹⁴¹.

139 RICHERT, *op. cit.*, 2014, p. 577.

140 El tenor literal del art. 6 II de la ley n.º 85-704 de 12 juillet 1985 “relative à la maîtrise d’ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d’oeuvre privée” es el siguiente: “La mission de conduite d’opération exercée par une personne publique ou privée est incompatible avec toute mission de maîtrise d’oeuvre, de réalisation de travaux ou de contrôle technique portant sur le ou les mêmes ouvrages, exercée par cette personne directement ou par une entreprise liée au sens de l’article 4 de la présente loi”.

141 RICHERT, *op. cit.*, pp. 579-581.

Los sistemas jurídicos, en suma, no son sistemas cerrados: interactúan entre sí, se encuentran en relación de mutua influencia y se comunican mediante instituciones jurídicas como los contratos. Las regulaciones producidas por las organizaciones internacionales influyen en el derecho nacional. También los principios de derecho nacional influyen¹⁴² con principios y reglas de carácter sustancial y procedimental en los procesos de toma de decisión de las organizaciones internacionales. De los parámetros sustanciales y procedimentales del derecho administrativo internacional forman parte el deber de promover la participación procedimental de la parte afectada, la transparencia del proceso decisorio, el acceso a la información, la motivación de las resoluciones y decisiones, el derecho a la tutela judicial efectiva (esto es, el derecho a que cualquier decisión que afecte derechos e intereses sea objeto de control por un juez independiente), el principio de proporcionalidad, de justo equilibrio entre medios y fines, la prohibición de uso de medios restrictivos innecesarios y la confianza legítima¹⁴³. Estos principios son determinantes de los procesos de toma de decisión y facilitan la deliberación y la “participación de comunidades deliberativas más amplias y extensas”¹⁴⁴.

Esta interacción de los sistemas se denota también en sus fundamentos: el Project Finance es un sistema en el cual los elementos que lo integran están interconectados y son mutuamente influidos¹⁴⁵. Como ya se tuvo oportunidad de demostrar en otra oportunidad¹⁴⁶, el contrato de APP, en

142 Sobre este tema, *cfr.* KINGSBURY, KRISCH y STEWARD, “El surgimiento del derecho administrativo global”, *cit.*, pp. 108 y ss.

143 *Ibid.*

144 BENEDICT KINGSBURY, MEGAN DONALDSON y RODRIGO VALLEJO, “El derecho administrativo global y democracia deliberativa”, en *Hacia el derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Global Law Press, 2016, p. 689.

145 GATTI, *op. cit.*, p. 267.

146 IBAGÓN, “La financiación de contratos públicos...”, *cit.*, p. 176 y ss.

el que se materializa la asociación público-privada, es un determinante de la estructuración de los otros contratos celebrados por el SPV y de la financiación de los proyectos de infraestructura pública¹⁴⁷. Como consecuencia de la relación de mutua interdependencia entre los elementos del sistema que conforman el Project Finance, la financiación también puede tener repercusiones en la configuración del ciclo financiero y contractual de las APP¹⁴⁸. En la estructuración de la APP aplicando los fundamentos de Project Finance se aplica tanto el derecho privado como el público. La correspondencia entre los componentes del sistema de financiación de proyectos (Project Finance) es de condicionamiento recíproco y está determinado por la comunicación entre sus partes. El sistema de financiación de proyectos también determina y está determinado por la comunicación de los elementos del sistema con su entorno normativo, institucional, técnico, económico y financiero, en el ámbito nacional (como, por ejemplo, el art. 26 de la Ley 1508 de 2012, sobre vigencias futuras para proyectos APP) e internacional (como la nueva regulación Basilea III)¹⁴⁹.

Las APP son, por un lado, entonces, el resultado de la interacción de los sistemas jurídicos, nacional e internacional, de *common law* y de derecho continental, de derecho público y de derecho privado. Por otro lado, las APP forman parte, en las palabras de Luhmann, de un sistema autopoiético cerrado, en la medida en que el sistema de proyectos APP produce los elementos de los cuales se compone, y al mismo tiempo es abierto porque esa reproducción propia solo puede llevarse a cabo respecto a su entorno.

147 *Ibid.*

148 *Ibid.*

149 *Ibid.*

BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS BARRERA, LIGIA CATHERINE, “Perspectiva legal de la financiación de proyectos ‘Project Finance’ y el manejo del riesgo”, en *Revista de Derecho Privado*, n.º 23, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- BARRETO, SEBASTIÁN, “¿Existen las asociaciones público-privadas en Colombia?”, en *Introducción a las asociaciones público-privadas en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- BENAVIDES RUSSI, JOSÉ LUIS, “La noción equivoca del equilibrio económico del contrato”, en *Libro en memoria del Prof. Dr. Luis Villar Borda*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- BENAVIDES RUSSI, JOSÉ LUIS, “Riesgos contractuales”, en *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2007* (Jaime Orlando Santofimio y José Luis Benavides, comps.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- BOVIS, CHISTOPHER, *Public-Private Partnerships in the European Union*, Nueva York, Routledge, 2014.
- CÓRDOBA, JUAN PABLO, “Financiación de la infraestructura a través del mercado de capitales: balances y retos”, conferencia, en *XIII Congreso Nacional de la Infraestructura*, Cartagena, 25 de noviembre de 2016 (s. p.).
- COVILLA MARTÍNEZ, JUAN CARLOS, “Ley de Asociaciones Público Privadas (APP): ¿única forma de vinculación de capital privado?”, en *Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas* (José Luis Benavides, comp.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- DE LA RIVA, IGNACIO M., “Nuevos modelos de financiación de infraestructuras públicas”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 17, primer semestre, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

- DOERR, OLIVER, “Die Anforderungen an ein zukunftsfaehiges Instrukturrecht”, en *Zukunftsgestaltung durch Öffentliches Recht Referate und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, t. 73, Berlín, De Gruyter, 2014.
- DONALDSON, MEGAN y BENEDICT KINGSBURY, “Sucedáneos normativos o derecho público en la gobernanza global: un estudio a través de las recomendaciones o prescripciones internacionales para la regulación de infraestructuras estatales”, en *Hacia el derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Global Law Press, 2016.
- EHLERS, DIRK, “Internationales Verwaltungsrecht”, en *Allgemeines Verwaltungsrecht* (Hans-Uwe Erichsen y Dirk Ehlers, eds.), 14.^a ed., Berlín, De Gruyter, 2010.
- ESBORRAZ, DAVID FABIO, “El fenómeno de la vinculación negocial en el ámbito de los contratos y su incidencia sobre la regla *res inter alios acta*”, en *Revista de Derecho Privado*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS, *Forma y contenido del contrato estatal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- GATTI, STEFANO, *Project Finance in Theory and Practice*, Cambridge (Mass.), Academic Press, 2008.
- HERDEGEN, MATTHIAS, *Principles of International Economic Law*, 2.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2016.
- HINESTROSA FORERO, FERNANDO, *Tratado de las obligaciones*, t. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- HOFFMAN, SCOTT L., *The Law and Business of International Project Finance*, 3.^a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- IBAGÓN IBAGÓN, MÓNICA LILIANA, “La financiación de contratos públicos: el modelo innovador de las asociaciones público-

privadas en Colombia”, en *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas* (Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba, eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

JÈZE, GASTON, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics. Étude des principaux contrats administratifs*, París, Marcel Giard, 1927.

KINGSBURY, BENEDICT; MEGAN DONALDSON y RODRIGO VALLEJO, “El derecho administrativo global y democracia deliberativa”, en *Hacia el derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Global Law Press, 2016.

KINGSBURY, BENEDICT; NICO KRISCH y RICHARD STEWARD, “El surgimiento del derecho administrativo global”, en *Hacia el derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Global Law Press, 2016.

LUHMANN, NIKLAS, “Die Wirtschaft der Gesellschaft als autopoietisches System”, en *Zeitschrift fuer Soziologie*, vol. 13, n.º 4, octubre, 1984.

MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS, *El derecho administrativo global*. Disponible en <<http://vlex.com/vid/derecho-administrativo-global-594201562>>.

MORALES, MÓNICA LIZET, “Distribución del riesgo en el contrato de construcción. Perspectiva internacional”, en *Revista e-Mercatoria*, vol. 8, n.º 2, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

PÉREZ VERA, JORGE ENRIQUE, *El derecho internacional y sus efectos en los contratos estatales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

RICHERT, LAURENT, *Droit des Contrats administratifs*, 9.ª ed., Issy-les-Moulineaux Cedex, LGDJ, 2014.

RODRÍGUEZ, LIBARDO, *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, 2.^a ed., Bogotá, Temis, 2012.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, *El contrato de concesión de servicios públicos: coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, tesis doctoral, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2010.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, *Compendio de derecho administrativo*, 1.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

SANTOS RODRÍGUEZ, JORGE ENRIQUE, “Las asociaciones público-privadas de iniciativa privada y el cambio de lógica contractual tradicional”, en *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas* (Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba, eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

SCHAEFER, JAN PHILIPP, *Die Umgestaltung des Verwaltungsrecht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2016.

SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD, “Internationales Verwaltungsrecht: Begriffsbildung im Spiegel veränderter Staatlichkeit”, en *Der Staat*, 2013.

SILVA, FERNANDO, “Una aproximación a la visión de la corrección del desequilibrio contractual desde la perspectiva de la jurisprudencia arbitral”, en *Revista e-Mercatoria*, vol. 6, n.º 2, 2007.

TRADE FINANCE CONSULTANTS, *Project Finance: financiación de proyectos internacionales*, Madrid, Instituto Español de Comercio Exterior, 2002.

MARÍA JOSÉ VAÑO VAÑO, *El contrato de “Project Finance”*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

VERANO, SANDRA, “La distribución de riesgos en el contrato estatal y el principio del equilibrio financiero”, en *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas* (Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba, eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

VERANO, SANDRA, *La gestión jurídica del riesgo en el contrato de concesión de obra pública*, tesis doctoral, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012 (s. p.).